

VU Research Portal

Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt

Bouwens, W.H.A.C.M.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M. (2008). *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt*. (Vrije reeks). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt



Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt

Rede
in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt
van hoogleraar sociaal recht
aan de Vrije Universiteit te Amsterdam
op woensdag 23 mei 2007

door

W.H.A.C.M. Bouwens

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2008



© 2008 W.H.A.C.M. Bouwens / Boom Juridische uitgevers



Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.



Voor zover het maken van reprografische veeelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-849-2
NUR 825
www.bju.nl



Inleiding

Ons stelsel van werk en inkomen staat ter discussie. Wie kennisneemt van de stortvloed van rapporten, notities en adviezen die de afgelopen jaren over dit onderwerp zijn verschenen, ziet dat onder beleidsmakers en wetenschappers grote overeenstemming bestaat over de trends en ontwikkelingen die het huidige stelsel bedreigen en de eisen waaraan een modern stelsel van werk en inkomen moet voldoen.

Globalisering, technologische ontwikkelingen, vergrijzing en de toegenomen heterogeniteit van de samenleving stellen steeds hogere eisen aan het aanpassingsvermogen van bedrijven en werknemers. Dit aanpassingsvermogen moet versterkt worden en om dat te bereiken moeten arbeidsparticipatie en de dynamiek op de arbeidsmarkt toenemen.

Een modern stelsel van werk en inkomen is zodanig ingericht dat het zowel flexibiliteit als werkzekerheid bevordert. Transitie van baan naar baan en van functie naar functie moeten worden gefaciliteerd. Een dynamische arbeidsmarkt vereist bovendien arrangementen die mensen ondersteunen om hun competenties op peil te houden. In dat kader valt voortdurend de term *employability*, een brede en duurzame inzetbaarheid van de werknemer. Er zal vooral meer geïnvesteerd moeten worden in het behoud van menselijk kapitaal van ouderen.

Verder moet meer rekening worden gehouden met de toegenomen diversiteit in arbeidsmarktgedrag en gezinsvorming. Met name dienen meer faciliteiten te worden gecreëerd om de combinatie van arbeid en zorg gemakkelijker te maken. Alleen dan worden personen met zorgverantwoordelijkheid in staat gesteld optimaal te participeren op de arbeidsmarkt.

Ten slotte moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat een tweedeling ontstaat, met aan de ene kant *insiders*, met een vaste arbeidsrelatie, en aan de andere kant *outsiders*, een groep die vrijwel alleen op basis van tijdelijke contracten werkt. Zonder aanvullende maatregelen dreigt de last van een meer flexibele arbeidsmarkt vooral bij de laatste groep te komen liggen.

Zie voor het vorenstaande onder meer de kabinetsnotitie *Ontwikkelingen en keuzes in het stelsel van werk en inkomen* (Kamerstukken II 2005/06, 29 804, nr. 23); R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State*, CPB-publicaties no. 60, Den Haag 2006 en Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007.

In deze discussie is ook aandacht voor het ontslagrecht. Veel schrijvers, met name economen, maken zich sterk voor een versoepeling van het ontslagrecht. Verbazen mag dat niet. Een hoog niveau van ontslagbescherming heeft een negatieve invloed op de zoge-

noemde externe numerieke flexibiliteit, het vermogen van bedrijven om de omvang van hun personeelsbestand snel aan te passen aan gewijzigde economische omstandigheden en nieuwe proces- en productietechnieken. In het huidige debat gaat de aandacht vooral uit naar de ontslagvergoedingen.

Tot voor kort had de discussie voornamelijk betrekking op het duale karakter van het ontslagstelsel. Dit duale karakter houdt in dat de werkgever die een arbeidsovereenkomst wil opzeggen niet alleen civielrechtelijke bepalingen in acht moet nemen, maar op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) tevens voorafgaande toestemming – een ‘ontslagvergunning’ – nodig heeft van een bestuursorgaan, sinds 1 januari 2002 de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI). In het verleden zijn diverse pogingen gedaan om een einde te maken aan het duale karakter van het ontslagstelsel. Al deze pogingen zijn gestrand. Recentelijk nog werd een voorstel voor een repressief ontslagstelsel ontwikkeld door de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (Commissie Rood), *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag 2000. Ook dit heeft het niet gehaald. In haar – overigens zeer beknopte – *Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel* (publicatienr. 7/03, Den Haag 2003, p. 4 en 5) gaf de Stichting van de Arbeid (STAR) te kennen dat naar haar oordeel zowel de huidige CWI-procedure als de ontbindingsprocedure voorzien in een laagdrempelige, goedkope en relatief snelle beslissing over de vraag of een ontslag gerechtvaardigd is of niet. Dat één van deze procedures door een overheidsinstantie wordt uitgevoerd, was voor de Stichting geen principiële kwestie. Voorts werd in het advies opgemerkt dat er geen duidelijke aanwijzingen zijn dat het Nederlandse wettelijke ontslagstelsel als zodanig de werking van de arbeidsmarkt ongunstig zou beïnvloeden. ‘Indien er goede gronden zijn om het dienstverband met de werknemer te verbreken, dan kan dat, zij het soms tegen hoge kosten’, aldus de STAR.

Gelet op dit standpunt is het opmerkelijk dat de na het uitspreken van deze rede door het kabinet gepresenteerde plannen voor een nieuw ontslagrecht niet alleen voorstellen bevatten met betrekking tot de ontslagvergoeding, maar tevens voorzien in afschaffing van de bestuurlijke preventieve ontslagtoets (zie de adviesaanvraag aan de STAR van 3 juli 2007, kenmerk: AV/IR/2007/23064). Het schrappen van het toestemmingsvereiste is heftig bekritiseerd door de werknemersorganisaties en vormde een van de redenen dat de STAR op 30 augustus 2007 een diep verdeeld advies over de kabinetsplannen heeft uitgebracht (zie *Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag ‘Hoofddlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht’*, publicatienr. 5/07, Den Haag 2007). Het kabinet – intern ook sterk verdeeld – heeft uitvoering van de plannen inmiddels opgeschort en een commissie ingesteld die vóór 1 juni 2008 advies

moet uitbrengen over maatregelen om te komen tot een structurele verhoging van de arbeidsparticipatie tot 80% (*Stcrt.* 2008, 15, p. 9). Of de commissie ook met voorstellen komt voor modernisering van het ontslagrecht, is thans nog niet bekend.

Nederland neemt vergeleken met andere Europese landen wat de mate van ontslagbescherming betreft een relatief hoge positie in, althans wanneer men de vaste contracten in ogenschouw neemt. Deze hoge positie is in belangrijke mate terug te voeren op de omvang van de ontslagvergoedingen bij langdurige dienstverbanden.

Zie met name: A. Deelen, E. Jongen & S. Visser, *Employment Protection Legislation*, CPB-document no. 135, Den Haag 2006, p. 16 e.v.

Volgens de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) worden die vergoedingen soms als ‘buitensporig’ ervaren.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, p. 14.

Een in 2006 verschenen rapport leert dat de meerderheid van de ondervraagde werkgevers de kosten van ontslagvergoedingen ‘(deels) irreëel’ vindt.

Bureau Bartels, *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, Amersfoort 2006, p. 46. Het betreft de resultaten van een in opdracht van het ministerie van SZW uitgevoerde steekproef onder 64 bedrijven.

Voldoende redenen om hierna de problematiek van de ontslagvergoedingen centraal te stellen. Welke ontslagvergoedingen kent de wet en wat beogen zij te vergoeden? Hoe moet de huidige praktijk worden gewaardeerd, zowel vanuit wetenschappelijk als vanuit maatschappelijk oogpunt? En, ten slotte, welke veranderingen zouden kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een meer activerend, meer mobiliserend en participatiebevorderend ontslagstelsel, zonder de sociale rechtvaardigheid uit het oog te verliezen?

Onregelmatige opzegging

Of een ontslagvergoeding verschuldigd is en zo ja, welke omvang die heeft, hangt in de eerste plaats af van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.

Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden en het einde van rechtswege – bijvoor-

beeld van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – bestaat geen algemene verplichting tot het betalen van een vergoeding. Partijen kunnen daarover uiteraard wel afspraken maken; de wet verplicht daartoe niet.

Wettelijke ontslagvergoedingen zijn in beginsel alleen aan de orde bij de twee andere mogelijkheden waarop de arbeidsovereenkomst een einde kan nemen: de opzegging en de rechterlijke ontbinding. Ik zal deze beëindigingswijzen hierna afzonderlijk bespreken, waarbij ik mij beperk tot de vergoedingen die door de werkgever verschuldigd zijn aan de werknemer.

Bij opzegging kent de wet twee vergoedingen:

- de schadevergoeding wegens de onregelmatigheid van de opzegging (art. 7:677 jo. art. 7:680 BW); en
- de schadevergoeding wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging (art. 7:681 BW).

Van een onregelmatige opzegging is sprake indien de opzeggende partij de voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gestelde tijdsduur niet respecteert. Het gaat hier met name om niet-inachtneming van de opzegtermijn en/of de dag waartegen dient te worden opgezegd (art. 7:672 BW). Zegt een van de partijen de arbeidsovereenkomst op tegen een eerdere dag, zonder inachtneming van genoemde termijn of op een kortere dan de rechtens geldende termijn, dan wordt deze partij schadeplichtig (art. 7:677, eerste en tweede lid, BW).

Het eerste lid van artikel 7:677 BW maakt een uitzondering op deze schadeplichtigheid voor de partij die onverwijld opzegt wegens een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij, het ‘ontslag op staande voet’. Indien de wederpartij ter zake van het ontstaan van die dringende reden een verwijt treft, wordt de opgezegde partij op grond van het derde lid van artikel 7:677 BW schadeplichtig ten opzichte van de opzeggende partij. Dat geldt ook indien laatstgenoemde partij geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot onverwijld opzegging, maar de arbeidsovereenkomst op haar verzoek krachtens artikel 7:685 BW door de rechter wordt ontbonden wegens een dringende reden.

De wederpartij heeft bij onregelmatige opzegging een keuzemogelijkheid. Hij kan de ‘gefixeerde schadevergoeding’ van artikel 7:680 BW of ‘volledige schadevergoeding’ vorderen. De gefixeerde schadevergoeding is in beginsel gelijk aan het in geld vastgesteld loon voor de tijd dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige beëindiging had behoren

voort te duren. Zij zal derhalve in de regel overeenkomen met het totale loon over het niet in acht genomen deel van de opzegtermijn of het niet uitgediende deel van de overeengekomen duur. De volledige schadevergoeding zal als regel niet méér bedragen. Deze schadevergoeding omvat namelijk alleen de schade die een gevolg is van de voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, niet de schade als gevolg van de beëindiging als zodanig. Zie *Kamerstukken II* 1951/52, 881, MvA II, p. 8 voortbouwend op HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106 (*Beks/Philips*).

De schadevergoeding wegens de onregelmatigheid van de opzegging is betrekkelijk onomstreden. Ik zal mij daarom hierna beperken tot de schadevergoeding vanwege de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.

Dat de schadevergoeding bij onregelmatige opzegging betrekkelijk onomstreden is, hangt mijns inziens samen met het feit dat de grondslag voor deze schadevergoeding helder is. De opgezegde partij mocht erop vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst nog enige tijd zou voortduren, althans niet op zo korte termijn zou worden beëindigd. Dit vertrouwen wordt door de wederpartij beschaamd. De daaruit voortvloeiende schade komt voor vergoeding in aanmerking.

Dat de wet voor de berekening van de schadevergoeding een gefixeerd bedrag kent, wordt nauwelijks als een bezwaar gezien. De hoogte van het fixum is als regel nagenoeg gelijk aan de werkelijke inkomensschade wegens het niet in acht nemen van de gestelde tijdsduur. Heeft de opgezegde partij door de onregelmatigheid van de opzegging aanmerkelijk meer schade geleden, dan is vergoeding daarvan niet uitgesloten, maar moet deze partij die extra schade bij betwisting wel bewijzen, met alle problemen van dien.

Uiteraard kan de gefixeerde schadevergoeding ook hoger uitvallen dan de werkelijke schade, met name wanneer de werknemer bij inachtneming van de wettelijke opzegtermijn geen recht op loon zou hebben gehad of vrijwel aansluitend een andere baan verwerft (zie o.m. HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 255 (*Jes/Bettman*)). De gefixeerde schadevergoeding heeft in dat geval het karakter van een privaatrechtelijke boete. Komt de billijkheid daardoor al te zeer in het gedrang, dan biedt de in artikel 7:680, vijfde lid, BW opgenomen rechterlijke matigingsbevoegdheid uitkomst (vgl. M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn 1954, p. 108-109).



Kennelijk onredelijke opzegging

Op grond van artikel 7:681, eerste lid, BW kan de rechter de wederpartij steeds een schadevergoeding toekennen wanneer de andere partij de arbeidsovereenkomst, al dan niet met inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk heeft opgezegd.

De wet noemt in artikel 7:681, tweede en derde lid, BW een aantal situaties waarin sprake kan zijn van een kennelijk onredelijke opzegging. Door gebruik te maken van de woorden 'onder meer' heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat deze opsomming niet uitputtend is bedoeld. Het betreft slechts voorbeelden. De rechter is vrij ook in andere gevallen het ontslag als kennelijk onredelijk aan te merken (zie o.m. HR 29 januari 1999, *NJ* 1999, 323 (*Verkerk/Wifac*)). De bepaling houdt bovendien slechts in dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever voor kennelijk onredelijk zal kunnen worden gehouden wanneer deze geschiedt onder de daar omschreven omstandigheden. Een ontslag dat onder een van de opgenomen voorbeelden valt, is derhalve niet noodzakelijk kennelijk onredelijk (zie o.m. HR 18 juni 1999, *JAR* 1999/148 (*M./Stichting Werkgeversinstituut Sociaal Cultureel Werk Rotterdam*)).



Een opzegging kan in de eerste plaats kennelijk onredelijk zijn vanwege het ontslagmotief. Is voor het ontslag geen redelijke grond aanwezig of is de grond niet voldoende zwaarwegend om de beëindiging te rechtvaardigen, dan zal de opzegging veelal kennelijk onredelijk worden geacht.



De wet eist niet met zoveel woorden dat er een behoorlijk motief aan het ontslag ten grondslag moet liggen. In de rechtspraak wordt dit echter wel aanvaard (zie W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 21ste druk, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer 2005, p. 402 en de daar opgenomen verwijzingen).

Meestal zal de redelijkheid van het ontslag al getoetst zijn door de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI) bij de beoordeling van de aanvraag van de op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) vereiste toestemming. Het oordeel van de CWI over de redelijkheid is echter niet bindend voor de kantonrechter in het kader van de 7:681-procedure.

Zie bijvoorbeeld HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 (*Van Werkhoven/Hal*); HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 783 (*El Allaoui/Valvaco*), m.nt. Stein; HR 5 april 1990, *NJ* 1991, 422



(*Dkourou e.a./Domburg*) en HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 561 (*Cemsto/El Azzouti*). Zie ook A.J. Haakman, Kennelijk onredelijk ontslag ondanks vergunning, in: *Hedendaags arbeidsrecht* (Levenbach-bundel), Alphen aan den Rijn 1966, p. 146 en L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer 1983, p. 144.

Een goede grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan gelegen zijn in bedrijfseconomische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden, maar ook in de persoon van de werknemer of zijn functioneren.

Zie bijvoorbeeld HR 2 januari 1970, *NJ* 1970, 155 (*De Nederlandsche Bank/mr. X*) (ontslag wegens disciplinaire maatregel advocaat die tevens als plaatsvervangend agent in dienst was van DNB); HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 590 (*Badal/Haagsche Tramweg-maatschappij*) (ongeschiktheid trambestuurder wegens knieklachten); Hof Amsterdam 3 maart 1994, *JAR* 1994/119 (ernstige kritiek op functioneren) en HR 1 november 2002, *JAR* 2002/279 (*Op 't Land/Employment Service Search*) (bereiken pensioengerechtigde leeftijd).

Nopen bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische omstandigheden tot het laten vervallen van een of meerdere arbeidsplaatsen, dan zal de werkgever bij de selectie van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen objectieve, niet-discriminatoire criteria moeten hanteren. Willekeur moet worden vermeden. Bij de ontslagvolgorde zal met name ook rekening moeten worden gehouden met de door de werknemer opgebouwde anciënniteit.

Zie artikel 7:681, tweede lid, onder d, BW, waarin is neergelegd dat een opzegging kennelijk onredelijk zal kunnen worden geacht, wanneer zij geschiedt in afwijking van een in de bedrijfstak of onderneming krachtens wettige regeling of gebruik geldende getalsverhoudings- of anciënniteitsregeling. Volgens de Hoge Raad ligt de ratio van anciënniteitsregelingen zoals in deze bepaling bedoeld, allereerst hierin dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naar gelang de werknemer langer in dienst is. Verder voorkomt toepassing van het anciënniteitsbeginsel willekeur van de werkgever. Ten slotte verkeren juist oudere werknemers veelal in een ongunstige positie bij het zoeken naar vervangend werk en zijn het veelal oudere werknemers die een langdurig dienstverband hebben (zie HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 561 (*Cemsto/El Azzouti*)).

Zie met betrekking tot het voorkomen van willekeur verder: Hof Den Bosch 21 maart 2006, *JAR* 2006/241 (het staat de werkgever niet vrij om een ongemotiveerde keuze te maken tussen werknemers met een zelfde diensttijd).

Dat het gebruik van discriminatoire selectiecriteria als regel tot een geslaagd beroep op artikel 7:681 BW leidt, blijkt uit HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (*Nedlloyd/Monteiro e.a.*), m.nt. Stein. In deze zaak – die speelde vóór de invoering van de Algemene wet gelijke behandeling – stond de vraag centraal of de werkgever had gehandeld in strijd met het non-discriminatiebeginsel, door in het kader van een reorganisatie voor ontslag in aanmerking te brengen degenen die niet in het bezit waren van een ‘certificaat geïntegreerd gezelschap’ voor zover zij buitenlands waren. Dit laatste hing samen met het destijds geldende voorrangsbepaling van de Nederlandse overheid. Op grond van dit criterium werd voor 222 buitenlandse werknemers een ontslagvergunning verkregen. De Hoge Raad overwoog dat, gelet op het in het BW ten grondslag liggende uitgangspunt dat opzegging van de arbeidsovereenkomst steeds mogelijk is behoudens een beperkt aantal, nauwkeurig omschreven bijzondere opzeggingsverboden waarop binnen twee maanden een beroep moet worden gedaan, geen plaats is voor een nietigheid van de opzegging van rechtswege wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Aan deze vérstrekkende sanctie bestaat volgens de Hoge Raad ook geen behoefte, omdat een ontslag dat in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden doorgaans tevens kennelijk onredelijk is in de zin van – thans – artikel 7:681 BW.

Ook procedurele gebreken kunnen een opzegging kennelijk onredelijk maken.

Vergelijk W.A. Zondag, ‘Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/2, p. 17, die in dit kader spreekt over ‘formele aspecten’ en ‘de wijze waarop het ontslag is gerealiseerd’.

Zo behoort de werkgever de reden van de opzegging mee te delen aan de werknemer en mag van hem worden verwacht dat hij de werknemer hoort, alvorens tot opzegging over te gaan, zeker wanneer het ontslag verband houdt met diens functioneren.

Dat een opzegging vanwege het ontbreken van een opgave van de reden kennelijk onredelijk kan worden geacht, blijkt uit artikel 7:681, tweede lid, onder a, BW. Uitdrukkelijke mededeling van de reden is echter niet steeds vereist. Heeft de werknemer begrepen of moeten begrijpen op welke grond werd opgezegd, dan zal de opzegging niet wegens het ontbreken van een opgave van de redenen kennelijk onredelijk kunnen worden geacht (HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 5 (*Meuleman/Hagemeyer Services*)).

Zie voor kennelijke onredelijkheid van de opzegging als gevolg van gebreken in de procedure onder meer: HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 609 (*Van der Giessen/ACV*) (statutair

bestuurder vooraf niet in kennis gesteld van vergadering van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders, waar zijn ontslag op de agenda stond; niet gehoord terzake van het ontslagmotief) en R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en de kennelijk onredelijke opzegging', *SMA* 2004, p. 166, die ook verdedigbaar acht dat aan ieder ontslag een behoorlijke hoorprocedure vooraf dient te gaan, zo al niet steeds voor bedrijfseconomische ontslagen, dan toch wel als het ontslag zijn grond vindt in problemen met het functioneren van betrokkene.

Ten slotte kan tot kennelijke onredelijkheid geconcludeerd worden vanwege de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer.

In de voorbeeldencatalogus van artikel 7:681, tweede lid, BW is onder b opgenomen dat opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kennelijk onredelijk zal kunnen worden geacht:

'b. wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging'.

In de gepubliceerde jurisprudentie is het met name dit zogenoemde 'gevolgencriterium' dat aanleiding heeft gegeven tot toekenning van een schadevergoeding.

Toepassing van het criterium kan ertoe leiden dat aan de werknemer een schadevergoeding wordt toegekend, ondanks dat de CWI een ontslagvergunning heeft verleend, aan de opzegging goede en voldoende zwaarwegende redenen ten grondslag liggen, de juiste opzegtermijn in acht is genomen en op de gevolgde procedure ook overigens niets is aan te merken.

De Hoge Raad oordeelde voor het eerst dat een deugdelijke grond niet aan toekenning van een schadevergoeding op grond van het gevolgencriterium in de weg hoeft te staan in het bekende arrest van 1 december 1961, *NJ* 1962, 78 (*De Vries/Lampe*).

Uit de jurisprudentie blijkt, dat zelfs wanneer er grond is voor ernstige verwijten aan het adres van de werknemer, de lengte van zijn dienstverband en zijn slechte arbeidsmarktpositie kunnen meebrengen, dat een ontslag zonder toekenning van een redelijke financiële tegemoetkoming gelet op de gevolgen kennelijk onredelijk moet worden geacht.

Ik doel in het bijzonder op HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185 (*Elmar/Felix*), m.nt. Stein. In dit arrest ging het om het ontslag van een monteur van een elektriciteitsmaat-

schappij op Aruba, die voor eigen rekening onbevoegd installatiewerk voor particulieren had verricht gedurende de tijd dat hij zich ziek had gemeld en daarbij de verzegeling van een meterkast had verbroken. Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen zag in de omstandigheden van het geval, en met name in de gevolgen die het ontslag voor Felix had, aanleiding om de beëindiging als kennelijk onredelijk aan te merken en hem een schadevergoeding toe te kennen.

Na geconstateerd te hebben dat het Hof geen dringende reden aanwezig had geacht op grond waarvan een ontslag op staande voet geoorloofd was, overwoog de Hoge Raad dat, ook indien er grond is voor ernstige verwijten van de werkgever aan het adres van de werknemer, het feit dat de werknemer reeds bijna zestien jaar bij de werkgever in dienst was, dat hij gelet op zijn leeftijd niet meer een soortgelijke betrekking zou kunnen verwerven en dat zijn kansen om weer in het arbeidsproces te worden opgenomen door problemen met zijn gezondheid ernstig waren verminderd, konden meebrengen dat een ontslag zonder toekenning van een redelijke geldelijke tegemoetkoming kennelijk onredelijk was.

Is dit 'buitensporig'? Is dit 'irreëel'?

Anders dan bij een gebrekkig ontslagmotief, een onjuist selectiecriterium of procedurele gebreken, lijkt de werkgever bij toepassing van het gevolgencriterium niets te verwijten. Toch is de grondslag voor toekenning van een schadevergoeding ook hier een tekortschieten van de werkgever. Dit komt tot uiting in een arrest uit 1997, waarin de Hoge Raad overweegt dat de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever in gevallen als deze

'is gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer'.

HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*), m.nt. Stein.

De verplichting van de werkgever om zich als een goed werkgever te gedragen, neergelegd in artikel 7:611 BW, brengt mee dat hij zich bij beslissingen in het kader van de bedrijfsvoering mede moet laten leiden door de belangen van de betrokken werknemers.

Deze verplichting heeft ook elders in het arbeidsrecht erkenning gevonden. Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, *NJ* 1989, 845 (*Fluke*), m.nt. Maeijer, waarin de ondernemer op grond van artikel 26, vijfde lid, van de WOR verplicht werd het besluit om een op zichzelf rendabele productieafdeling in Tilburg te sluiten, in te trekken,

omdat niet was gebleken of en zo ja, in hoeverre de belangen van de Fluke-organisatie als geheel, waren afgewogen tegenover de rechtmatige belangen van de werknemers van Fluke Holland bij het voortbestaan van de betreffende afdeling.

Zie voorts Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*), waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat de ondernemer bij de besluitvorming over de sluiting van een vestiging en het verplaatsen van de productie naar het buitenland, tevens rekening behoort te houden met de belangen van de werknemers en in het bijzonder met hun bestaanszekerheid en ontplooiingsmogelijkheden. Wordt daaraan onvoldoende gewicht toegekend, dan kan sprake zijn van (sociaal) wanbeleid in de zin van artikel 2:355 BW.

Zijn de te verwachten gevolgen voor de werknemers te ernstig in verhouding tot het met het voorgenomen besluit te dienen bedrijfsbelang, dan dient de werkgever af te zien van zijn voornemen of (geldelijke of andere) compensatie te bieden om de onevenredigheid tussen dat eigen belang en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemers op te heffen. Het gevolgcriterium voorziet deze verplichting, voor zover het de beslissing tot opzegging van de arbeidsovereenkomst betreft, van een sanctie.

Waarbij aantekening verdient dat schending van de verplichting van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen, niet zonder meer meebrengt dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging. De omstandigheid dat een werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen, weegt echter wel mee bij de beantwoording van de vraag of op grond van artikel 7:681 BW aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding (vgl. A.-G. De Vries Lentsch-Kostense vóór HR 10 juni 2005, *JAR* 2005/174).

Of de gevolgen van een opzegging te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever, is afhankelijk van alle omstandigheden van het concrete geval in onderling verband en samenhang bezien. Kijken we naar de wettelijke omschrijving van het criterium, dan kunnen we constateren dat de wetgever daarbij vooral het oog heeft gehad op de gevolgen van de opzegging voor de bestaansvoorziening van de werknemer. Dit blijkt in het bijzonder uit het feit dat de voor hem bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden, in de wet uitdrukkelijk als in aanmerking te nemen omstandigheden zijn opgenomen.

Andere relevante gevolgen aan de zijde van de werknemer zijn onder meer de schade aan de pensioenopbouw, het verlies van anciënniteit, prestige, arbeidsvreugde en ontplooiingsmogelijkheden alsmede de onzekerheid omtrent de toekomstige inkomensvoorziening.

Naarmate de arbeidsmarktpositie van de werknemer slechter is, zal het belang van de werknemer zwaarder wegen en zal er meer van de werkgever kunnen worden verlangd.

Dit komt onder meer tot uitdrukking in het hiervoor reeds aangehaalde arrest van 1 december 1978, *NJ* 1979, 185 (*Elmar/Felix*), m.nt. Stein.

Kan de betrokken werknemer naar verwachting vrijwel direct elders aan de slag, dan bestaat minder snel aanleiding om tot kennelijke onredelijkheid te concluderen.

Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 mei 2005, *JAR* 2005/147 (ontslag van langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet kennelijk onredelijk, mede gelet op het perspectief op de arbeidsmarkt) en 6 juli 2006, *JAR* 2006/208 (bedrijfseconomisch ontslag niet kennelijk onredelijk, mede in aanmerking genomen dat de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt niet slechter zijn dan die van andere werknemers van haar leeftijd). Zie voorts HR 17 december 1999, *JAR* 2000/29 (*Stichting Thuiszorg/P.*), waarin de Hoge Raad het vonnis van de Rechtbank Roermond vernietigde, mede omdat de rechtbank niet was ingegaan op het, terzake dienend, verweer van de werkgeefster dat de na een dienstverband van 25 jaar ontslagen, 50 jaar oude gezinsverzorgster zeer wel in staat is om in gezinnen als huishoudelijke hulp te gaan werken, terwijl voorts in haar eigen functie meer dan voldoende werk was te vinden.

Voor de beoordeling van de ernst van de gevolgen moet – zo blijkt uit de rechtspraak – worden uitgegaan van de situatie bij het einde van de arbeidsovereenkomst. In de belangenafweging gaat het derhalve om de op dat moment bestaande objectieve verwachtingen ten aanzien van de mogelijkheden van de werknemer om ander passend werk te vinden.

In het arrest van 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451 (*Van Rossum/Van Erp*), m.nt. Stein oordeelde de Hoge Raad dat de rechter bij de beoordeling van de voor de ontslagen werknemer bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, die mogelijkheden zal moeten schatten uitgaande van de situatie niet later dan het tijdstip van ingang van het ontslag. Wel kunnen latere omstandigheden aanwijzingen opleveren voor wat op dat tijdstip kon worden verwacht.

Zie voor vergelijkbare overwegingen het reeds aangehaalde HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*), m.nt. Stein, alsmede HR 13 april 2001, *JAR* 2001/82 (*Duzgun/Abilis Tesco*), *ArA* 2001/3, p. 81, m.nt. Buijs.

Blijkt de werknemer met een slechte arbeidsmarktpositie achteraf, tegen objectieve verwachtingen in, toch op korte termijn een baan te hebben gevonden – wellicht zelfs een beter betaalde baan – dan is die omstandigheid in beginsel dus niet relevant voor het rechterlijke oordeel over de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk was. Het omgekeerde geldt echter ook. Zijn de arbeidsmarktperspectieven ten tijde van het ontslag rooskleurig, dan is toekenning van een vergoeding op grond van het gevolgencriterium in beginsel niet aan de orde, ook niet als het verwerven van ander passend werk vervolgens minder vlot gaat dan verwacht.

Uit de wettekst komt verder naar voren, dat bij het bepalen van de gevolgen tevens rekening moet worden gehouden met de voor de werknemer getroffen voorzieningen. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan afvloeiingsregelingen. Deze kunnen bijvoorbeeld voorzien in periodieke aanvullingen op de door betrokkene te ontvangen uitkering of op een lager salaris in een nieuwe baan.

Bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, vormt het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met hetgeen is neergelegd in een met representatieve vakorganisaties overeengekomen sociaal plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening indien deze wordt betwist (zie HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 (*Bulut/Troost*), m.nt. Heerma van Voss; *SMA* 2002, p. 476-479 m.nt. Van der Hulst; *ArA* 2002/3, p. 41-56, m.nt. Loonstra).

De getroffen voorzieningen kunnen echter ook in iets anders bestaan dan een financiële tegemoetkoming, zoals het recht gebruik te maken van een interne of externe herplaatsingsregeling. Ik zou voorts willen aannemen dat ook voorzieningen die niet specifiek met het oog op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot stand zijn gekomen, voor de belangenafweging relevant kunnen zijn. Zo dienen naar mijn mening de tijdens het dienstverband door de werkgever aangeboden scholing en andere inspanningen van zijn kant gericht op vergroting van een duurzame, brede inzetbaarheid van de werknemer, in het kader van het gevolgencriterium als getroffen voorzieningen in aanmerking te worden genomen. Investerings van de werkgever in de arbeidsmarktpositie van de werknemer kunnen mijns inziens derhalve meebrengen dat een opzegging minder snel vanwege de gevolgen kennelijk onredelijk moet worden geacht.

Maakt de werknemer gebruik van door de werkgever aangeboden scholingsmogelijkheden, dan zal dat als regel ook een positief effect hebben op de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden en dus ook op die grond minder snel aanleiding bestaan tot het toekennen van een vergoeding. Vergelijk A. Baris & E. Verhulp, 'Scholing en ontslag: flexibiliteit en werkzekerheid', *SMA* 2006, p. 50 e.v.

Worden de scholings- en employability-inspanningen van de werkgever beschouwd als getroffen voorzieningen in de zin van artikel 7:681, tweede lid, onder 2, BW, dan spelen dergelijke inspanningen echter ook een rol in de belangenafweging wanneer de werknemer om hem moverende redenen geen (serieus) gebruik heeft gemaakt van de door de werkgever geboden mogelijkheden. Vergelijk ktr. Den Haag 30 mei 2007, *JAR* 2007/170.

Schadevergoeding

Is de opzegging kennelijk onredelijk, dan kan de werknemer aanspraak maken op vergoeding van zijn schade. Het gaat hier, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van artikel 1639s BW (oud) – de voorloper van het huidige artikel 7:681 BW – om ‘een pleister op de wonde van de beëindiging als zodanig’.

Zie Kamerstukken II 1951/52, 881, MvA II, p. 8, waarin het verschil wordt onderstreept met de vergoeding bij onregelmatige opzegging, die niet de schade welke uit het ontslag als zodanig volgt, maar slechts de schade ten gevolge van het niet in acht nemen van de voor een regelmatige beëindiging gestelde tijdsduur betreft.

In artikel 1639s oud BW was tevens opgenomen dat de vaststelling van de schadevergoeding door de rechter diende te geschieden ‘naar billijkheid’. Uit de reeds aangehaalde uiteenzetting in de memorie van antwoord blijkt dat deze toevoeging vooral was bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat de rechter niet gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, met name met het oog op de lastig te becijferen toekomstige schade van het ontslag.

De woorden ‘naar billijkheid’ zijn bij de invoering van de huidige titel 7.10 van het BW in 1997 geschrapt. Reden daarvoor was dat in het huidige BW de woorden ‘schadevergoeding naar billijkheid’ een andere betekenis hebben. In artikel 6:106 BW wordt van vaststelling van een schadevergoeding naar billijkheid gesproken in verband met nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Omdat dezelfde woorden in artikel 1639s niet uitsluitend betrekking hadden op immateriële schade, konden zij beter niet terugkeren in artikel 7:681 BW. Dit werd bovendien overbodig geacht vanwege het inmiddels ingevoerde artikel 6:97 BW. Op grond van dit wetsartikel dient de rechter de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Wanneer de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dient hij de schade te schatten. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt dat de rechter een grote vrijheid heeft bij de begroting van de schade en bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht. Dat betekent dat hetgeen met de woorden ‘naar billijkheid’ in artikel 1639s oud BW tot uitdrukking werd gebracht, sinds de invoering van Boek 6 nieuw BW reeds uit het algemeen vermogensrecht volgt (zie *Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 (MvT), p. 51*).

De hoogte van de schadevergoeding dient volgens de Hoge Raad te worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden behoren ook hier in beginsel buiten beschouwing te blijven, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen kunnen worden geput voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag.

Zie het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*).

In de literatuur is wel verdedigd dat de vergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgcriterium geen ‘echte’ schadevergoeding meer zou zijn. Zij zou het karakter hebben gekregen van een privaatrechtelijke boete, een *poena privata*. Ik kan mij niet in deze opvatting vinden.

Zie voor de bestreden opvatting o.m. P.A. Stein in zijn noot onder laatst genoemd arrest. Dat deze opvatting heeft kunnen postvatten, berust mijns inziens voor een deel op een onjuiste uitleg van een aantal arresten waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook een ontslag zonder relevante financiële gevolgen kennelijk onredelijk kan zijn (zie HR 3 september 1993, *NJ* 1993/715 (*Korzelijs/Houtunie*), alsmede het al diverse malen genoemde arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd*). Uit deze arresten wordt de conclusie getrokken dat een vergoeding kan worden toegekend, ongeacht of de werknemer schade lijdt of zal lijden (zie bijv. A. Schellaert & R.S. van Coevorden, ‘Is verandering van omstandigheden kennelijk onredelijk?’, *Sociaal Recht* 1998, p. 11). Dit is slechts in zoverre juist dat de Hoge Raad van ondergeschikt belang acht of de schade uiteindelijk daadwerkelijk wordt geleden. Vergelijk: A.M. Luttmer-Kat, ‘De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen’, *SMA* 1999, p. 436. Het gaat om vergoeding van de ten tijde van het ontslag te verwachten schade. Die schade hoeft bovendien niet van financiële aard te zijn (zie bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (*Nedlloyd/Monteiro e.a.*), m.nt. Stein, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de enkele omstandigheid dat de werknemers bij hantering door de werkgever van een wel aanvaardbaar criterium – i.e. het anciënniteitsbeginsel – ook zouden zijn ontslagen, niet betekende dat de ontslagen niet als kennelijk onredelijk konden worden aangemerkt. Betrokkenen hadden, nu de ontslagen zoals gegeven jegens hen discriminerend waren, in elk geval deswege ander nadeel dan vermogensschade geleden).

Zeker, de rechter komt bij de vaststelling van de vergoeding een grote mate van vrijheid toe en hij is niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs. Bovendien

heeft de vergoeding vaak ook een belangrijk immaterieel aspect. De rechter behoort er echter in beginsel wel naar te streven de te verwachten schade zo dicht mogelijk te benaderen.

Deze benadering strookt ook met de motivering voor het niet opnemen van de woorden 'naar billijkheid' in artikel 7:681 BW, i.e. de verwijzing naar artikel 6:97 BW.

Zie tevens G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, Reeks VvA nr. 35, Deventer 2005, p. 66, die meent dat het de rechter nog steeds vrij staat de billijkheid te hanteren als de schade moeilijk geschat kan worden, maar dan wel als laatste mogelijkheid nadat eerst berekening en schatting zijn geprobeerd. Vergelijk voorts M.S.A. Vegter, 'Schadevergoeding en ontslagvergoeding', *ArA* 2003/1, p. 62 e.v., die in dit verband tevens wijst op het belang al te grote verschillen tussen ontslagvergoedingen en andere arbeidsrechtelijke schadevergoedingen te voorkomen.

Voor een schadevergoeding wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging is mijns inziens derhalve in beginsel geen plaats wanneer ten tijde van het ontslag aan de zijde van de werknemer geen vermogensschade of ander nadeel in de zin van artikel 6:97 BW verwacht hoeft te worden. Dit ligt anders in die gevallen waarin continuering van de arbeidsovereenkomst de meest geëigende sanctie is op de kennelijk onredelijke beëindiging – een situatie die zich met name zal voordoen wanneer aan het ontslag geen deugdelijke reden of verwijtbaar gedrag van de werkgever ten grondslag ligt – maar voortzetting van de arbeidsverhouding afstuit op onwil van de werkgever. In dergelijke gevallen heeft de vergoeding wel een zeker punitief karakter. Dit blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1639t oud BW, de voorloper van het huidige artikel 7:682 BW. Op grond van dit wetsartikel kan de rechter de werkgever die de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt ook veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen. De werkgever kan zich echter van deze verplichting bevrijden door betaling van een door de rechter naar billijkheid te bepalen afkoopsom. Is in het herstelvonnis geen afkoopsom vastgesteld, dan zal de rechter deze op verzoek van de werkgever alsnog vaststellen.

In de memorie van toelichting wordt de afkoopmogelijkheid als volgt toegelicht (*Kamerstukken II* 1947/48, 881, MvT, p. 12): 'Soms zal (...) herstel voor de partij, die wenst op te zeggen – ook al heeft zij daarvoor objectief geen goede reden – (...) moeilijk te aanvaarden zijn; wanneer de band tussen werkgever en arbeider dusdanig knellend is geworden, zal men omtrent het geforceerd in stand houden dier dienstbetrekking geen gunstige verwachtingen mogen koesteren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt, dat de verplichting tot herplaatsing zich steeds zal kunnen oplossen in een tot betaling van een geldsom. Dus:

het maatschappelijk nadeel, dat aan de ene partij wordt berokkend door het (...) onredelijk ontslag kan niet altijd ongedaan worden gemaakt; maar wel wordt dit nadeel zoveel mogelijk verzacht door een financiële vergoeding.' Voorts werd opgemerkt dat verwacht mag worden 'dat de afkoopsom meer zal bedragen dan het bedrag, dat als schadevergoeding zou zijn toegewezen, ware een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking niet uitgesproken'. In de Eerste Kamer verklaarde de verantwoordelijke minister desgevraagd er geen bezwaar tegen te hebben de afkoopsom een *poena privata* te noemen, ter willekeurige beoordeling van de rechter (*Kamerstukken I* 1953/54, 881, MvA I, p. 2). Zie daarover ook A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, tweede deel A, het geldende recht*, Zwolle 1957, p. 216. Indien een veroordeling tot herstel op zichzelf redelijk is, maar de onredelijke houding van de werkgever voortzetting van de arbeidsrelatie onmogelijk maakt, hoeft de rechter niet tot herstel te veroordelen en tegelijk een (hoge) afkoopsom vast te stellen, maar kan hij dit ook reeds in de schadevergoeding tot uitdrukking brengen (vgl. M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn 1954, p. 115). In dergelijke gevallen zal de schadevergoeding, net als de afkoopsom, dus wel tevens het karakter van een privaatrechtelijke boete hebben.

De rechterlijke ontbinding

Op grond van artikel 7:685 BW is ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter mogelijk wanneer sprake is van gewichtige redenen. Als zodanig merkt de wet aan omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677, eerste lid, BW zouden hebben opgeleverd indien de dienstbetrekking deswege onverwijld zou zijn opgezegd, alsook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Dergelijke veranderingen kunnen gelegen zijn in de persoon van de werknemer of de verhouding tussen partijen, maar ook in bedrijfseconomische of -organisatorische redenen, dezelfde omstandigheden derhalve als die een goede grond voor opzegging kunnen opleveren.

Zie onder meer: J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, diss. KUN 1989; C.J. Loonstra, *Het bereik van de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW*, 2e druk, Nijmegen 1997.

Soms is de weg van de opzegging geen reële optie om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen, bijvoorbeeld indien een bijzonder opzegverbod van toepassing is of wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse-opzeggingsbeding. Weigert de werknemer in deze gevallen mee te werken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan kan rechterlijke ontbinding uitkomst bieden. Dat geldt ook wanneer de CWI een ontslagvergunning weigert. Ontbinding kan echter te allen tijde worden verzocht, aldus de wet, dus ook in die gevallen waarin opzegging wel tot de mogelijkheden behoort. De werkgever mag zelf beslissen welke weg hij wenst te bewandelen; die van de opzegging of van de rechterlijke ontbinding. Er bestaat, met andere woorden, geen rangorde tussen de twee.

Vergelijk C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2e druk Den Haag 2006, p. 290.

De opmars van de ontbinding is begonnen in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw toen Nederland economisch in zwaar weer verkeerde. De ontslagvergunningprocedure was tijdrovend en de uitkomst betrekkelijk onvoorspelbaar. De rechtspraktijk ontdekte de ontbindingsprocedure als een alternatieve beëindigingsroute.

Zie daarover onder meer: C.G. Scholtens, 'Formules en statistieken', in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens, *Afvloeiingsregelingen*, Deventer 2004, p. 57.

Deze route werd – mede omdat de WW-aanspraken van de werknemer aldus betrekkelijk eenvoudig veilig gesteld konden worden – zo populair dat het jaarlijkse aantal rechterlijke ontbindingen in de eerste jaren van het nieuwe millennium het aantal door de CWI verleende ontslagvergunningen benaderde en in 2006 zelfs overtrof.

Jaar	Toestemmingsaanvragen CWI	Ontbindingsverzoeken kantonrechter
2002	70.925	68.331
2003	85.881	78.491
2004	90.253	72.011
2005	74.634	67.608
2006	48.610	54.213

Bron: Ministerie van SZW, Ontslagstatistiek 2006

In 1977 bedroeg het aantal ontbindingverzoeken nog maar 480, tegenover meer dan 71.000 aanvragen voor een ontslagvergunning (J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, diss. KUN 1989, p. 63 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2e druk, Den Haag 2006, p. 291).

Verwacht mag worden dat het aantal ontbindingsprocedures in 2007 weer lager uitkomt dan het aantal procedures bij de CWI. Dit hangt samen met wijzigingen in de Werkloosheidswet (WW) per 1 oktober 2006 (Wet van 28 juni 2006, *Stb.* 303), als gevolg waarvan het niet voeren van verweer door de werknemer tegen of het instemmen van de werknemer met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van de werkgever, niet meer leidt niet tot verwijtbare werkloosheid of een benadelingshandeling in de zin van artikel 24 WW. Het aantal 'geregelde ontbindingen' – tot de wetswijziging geschat op meer dan 80% van alle ontbindingen – waarin werkgever en werknemer het eens zijn over het ontslag en de voorwaarden waaronder dat dient plaats te vinden en de werknemer slechts met het oog op de WW-uitkering formeel verweer voert, zal daarom naar verwachting sterk dalen. Zie over de wetswijziging onder meer: W.H.A.C.M. Bouwens, 'De werknemer in beweging: de WW', in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag 2007, p. 77 e.v.

De ontbindingsprocedure heeft voor de verzoekende partij diverse voordelen ten opzichte van de opzegging. In de eerste plaats is zij snel. De gehele procedure neemt als regel niet meer dan acht weken in beslag.

Zie aanbeveling 1.1 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters ('De tijd tussen binnenkomst van het verzoekschrift en de verzending van de beschikking zal in beginsel niet langer zijn dan acht weken').

Dit voordeel moet niet overschat worden. Van de ontslagaanvragen bij de CWI wordt 75% binnen zes weken afgehandeld. Ontslagaanvragen op niet-bedrijfseconomische gronden nemen echter meer tijd in beslag. In die gevallen wordt slechts in 63% van de gevallen binnen zes weken op de aanvraag beslist. Bij een ontslagaanvraag in verband met arbeidsongeschiktheid is dit percentage zelfs nog lager, te weten: 54 (zie Ministerie van SZW, *Ontslagstatistiek 2006*, p. 8).

Tussen het uitgaan van het verzoekschrift en de ontbindingsdatum ligt meestal minder tijd dan de tijd die met de procedure bij de CWI plus de vervolgens in acht te nemen opzeg- en aanzegtermijn gemoeid is.

De kantonrechter ontbindt als regel op een termijn die korter is dan de rechsens geldende termijn bij opzegging.

De ontbindingsbeschikking is bovendien een beslissing in hoogste instantie. Hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten.

Zie artikel 7:685, elfde lid, BW. Volgens de Hoge Raad is de strekking van het appelverbod om iedere discussie uit te sluiten over de wijze waarop de rechter van zijn aan dat artikel ontleende bevoegdheden gebruik heeft gemaakt. Een hogere voorziening is wel toegelaten voor zover erover wordt geklaagd dat de rechter het artikel ten onrechte heeft toegepast dan wel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten (zie o.m. HR 12 maart 1982, *NJ* 1983, 181, waarin de Hoge Raad terugkomt op de beschikking van 24 oktober 1971, *NJ* 1972, 23). Verder leidt ook een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen bij de totstandkoming van de beschikking tot ontvankelijkheid van het hoger beroep, doch alleen wanneer aan die klacht ten grondslag ligt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals in het geval van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor (zie o.m. HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4; HR 22 juni 1990, *NJ* 1990, 704 en HR 6 maart 1992, *NJ* 1993, 79).

Dat het ontbreken van hoger beroep en cassatie ook tot uitermate onbevredigende uitkomsten kan leiden, blijkt onder meer uit HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (*Woesthoff/Intershow*), m.nt. Stein, waarin een ontbindingsbeschikking, uitgesproken op grond van een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie wegens het verzwijgen van een zwangerschap

tijdens de sollicitatieprocedure, ondanks strijd met het Europese recht inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, onaantastbaar werd geoordeeld. Zie voorts HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72 (*Stichting Thuiszorg Centraal Twente/Bulters*), waarin de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen was ontbonden zonder vergoeding vanwege door de werknemer gepleegde fraude. In een volgende procedure werd de dragende grond van de ontbinding, na het horen van een groot aantal getuigen, volkomen weggeslagen. De ontbindingsbeschikking kon echter niet worden aangetast. Een en ander bracht Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie tot de volgende verzuchting: 'In gevallen als de onderhavige – en dat zijn er in ons land ongetwijfeld veel – is het triest en in mijn ogen ook moeilijk aanvaardbaar dat voor privé-personen diep ingrijpende beslissingen in één enkele instantie en zonder behoorlijk feitenonderzoek worden genomen. Het wordt m.i. hoog tijd dat aan deze – in mijn ogen – misstand door de wetgever een einde wordt gemaakt. Hieraan doet niet af dat het wettelijk stelsel ook voordelen in zich bergt. Deze wegen mijns inziens niet tegen de nadelen op.'

Voordeel van de ontbindingsprocedure voor degene die het initiatief neemt tot beëindiging is ten slotte dat vooraf duidelijkheid wordt verschaft over de terzake verschuldigde vergoeding. Op grond van artikel 7:685, achtste lid, BW kan de rechter die een ontbindingsverzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen. Is de rechter van plan te ontbinden met vergoeding, dan zal hij partijen van dit voornemen in kennis stellen en degene die het verzoekschrift heeft ingediend, gelegenheid geven het verzoek in te trekken.

Artikel 7:685, negende lid, BW, waarin dit is neergelegd, is in het tiende lid van overeenkomstige toepassing verklaard op het geval dat de rechter voornemens is een ontbinding uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker gevraagde vergoeding te verbinden. Laat de rechter dit na, dan vormt deze omstandigheid echter geen reden voor doorbreking van het appelverbod: zie HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 553 (*Van Beugen/Jansen*).

De vergoeding naar billijkheid

Onderzoek onder WW-gerechtigden leert dat in de praktijk grote verschillen bestaan in de frequentie en hoogte van de vergoedingen die bij ontbinding respectievelijk na opzegging met vergunning aan werknemers worden verstrekt. Bij ontbinding wordt in bijna 90% van de gevallen een vergoeding toegekend; bij opzegging in minder dan de helft. De gemiddelde vergoeding bij ontbinding bedraagt meer dan 33.000 euro; bij opzegging met vergunning praten we over een bedrag van gemiddeld iets meer dan 8.700 euro.

Zie voor deze en andere gegevens omtrent aard en hoogte van ontslagvergoedingen: R. Knecht, 'Ontslagvergoedingen in een duaal stelsel', *Sociaal Recht* 2006, 59. Het betreft een analyse van de resultaten van een enquête onder ruim 2.000 werknemers die in de periode 2004/2005 een WW-uitkering ontvingen. In hoeverre deze resultaten representatief zijn voor werknemers die geen beroep doen op de WW, is niet bekend. Scholtens constateerde eerder, op basis van de gepubliceerde jurisprudentie over de jaren 1992-2003, dat de vergoedingen bij kennelijke onredelijkheid gemiddeld ver achterblijven (de helft) bij de vergoedingen die in het kader van ontbinding worden toegekend (zie 'Formules en statistieken', in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens, *Afvloeiingsregelingen*, Deventer 2004, p. 181).

Dit verschil zal ongetwijfeld voor een deel samenhangen met de aard van de zaken die bij de CWI, respectievelijk de ontbindingsrechter worden aangebracht.

Het merendeel van de aanvragen bij de CWI betreft ontslag op bedrijfseconomische gronden (in 2006: 70% (ministerie van SZW, *Ontslagstatistiek 2006*, p. 4). In dergelijke gevallen zal de financiële toestand van het bedrijf, naar mag worden aangenomen, vaker meebrengen dat geen of slechts een bescheiden ontslagvergoeding kan worden betaald.

Het houdt echter mogelijk tevens verband met de maatstaven die worden aangelegd bij de beoordeling of een vergoeding moet worden betaald en zo ja, tot welk bedrag. De wettelijke regeling van de ontbinding biedt ons op dit punt weinig houvast. Zij geeft slechts aan dat bij ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden een vergoeding kan worden toegekend indien dat de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval 'billijk' voorkomt. Over de hoogte van die vergoeding laat de wet zich niet uit.

De mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding bij ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden werd geïntroduceerd bij de herziening van het ontslagrecht in 1954. Reeds bij de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907 was aan de orde gekomen of het ontbindingsartikel geen vergoedingsmogelijkheid diende te kennen. De regering meende toen dat daaraan geen behoefte bestond, omdat de rechter bij de bepaling van de datum van ontbinding rekening kon houden met het feit dat de wederpartij door de ontbinding ‘in te groote ongelegenheid zou komen’ (A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, deel IV, p. 266-267). Volgens Levenbach werd dit bij de herziening van het ontslagrecht in 1954 geen wenselijke methode meer geacht, omdat partijen aldus langer aan elkaar gebonden werden enkel om een nevengevolg te bereiken (zie M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn 1954, p. 84). De vergoeding is in deze benadering vooral bedoeld als compensatie voor de gevolgen van de ontijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zij vormt zuiver wetshistorisch gezien derhalve het equivalent voor de schadevergoeding wegens de onregelmatigheid van de opzegging. Daarmee strookt dat in het geval de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens een dringende reden terzake waarvan de wederpartij een verwijt treft, deze partij op grond van artikel 7:677, derde lid, van het BW dezelfde vergoeding verschuldigd is als bij een onregelmatige opzegging.

Jarenlang was de uitkomst van de ontbindingsprocedure voor wat betreft de vergoeding een ongewisse zaak. Inmiddels is dit veel minder het geval. Om de rechtszekerheid te bevorderen en tot een zekere uniformering van de vergoedingen te komen, heeft de Kring van Kantonrechters in 1996 een formule opgesteld, die – zo blijkt uit een enquête onder kantonrechters uit 2002 – vrijwel steeds wordt toegepast.

De ‘Landelijke Kantonrechtersformule “1639W”’ werd gepubliceerd in *NJB* 1996, p. 838. De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters werden in 1998 en 1999 gewijzigd en aangevuld (*NJB* 1998, p. 969 en *NJB* 1999, p. 1789). Zie over de historische achtergrond van de formule de reeds genoemde bijdrage van C.G. Scholtens aan F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Loonstra, *Afsloeiingsregelingen*, Deventer 2004, p. 51 e.v. De resultaten van de enquête onder kantonrechters zijn gepubliceerd in: H.Th. van der Meer, ‘Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule, Een evaluatie door de Kring van Kantonrechters’, *ArbeidsRecht* 2003, 1.

De formule luidt: $A \times B \times C$.

A staat voor het aantal gewogen dienstjaren, de diensttijd afgerond in hele jaren, waarbij dienstjaren voor de 40ste verjaardag tellen voor 1, de dienstjaren tussen de 40ste en de 50ste verjaardag voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het bereiken van de leeftijd van 50 voor 2.

B staat voor de beloning. Het gaat hier globaal gesproken om het brutomaandsalaris vermeerderd met vaste emolumenten.

C is de correctiefactor. Indien de grond voor ontbinding geheel in de risicosfeer van de werkgever valt, is C gelijk aan 1. Ligt de reden volledig in de risicosfeer van de werknemer – denk bijvoorbeeld aan een ontbinding vanwege een verhuizing van de werknemer om privéredenen – dan is C gelijk aan 0 en zal geen vergoeding worden toegekend. Is sprake van verwijtbaarheid van één van partijen of over en weer, dan wordt de ernst daarvan in de C-factor tot uitdrukking gebracht. Is de werknemer het een en ander te verwijten, dan zal een C tussen 0 en 1 worden gehanteerd; treft de werkgever ter zake van het ontslag een verwijt, dan zal de C boven 1 uitstijgen. Verder worden in de C ook de overige bijzondere omstandigheden van het geval ('de smaak van de zaak') verdisconteerd.

Ook bij ontbinding zal aan de inhoud van een sociaal plan grote betekenis toekomen. Dat geldt in beginsel zowel voor de vraag of sprake is van een gewichtige reden als voor de verschuldigde vergoeding (zie HR 20 maart 1998, *JAR* 1998/127 (*Grady/Stogon*)). De aanbevelingen kennen een bijzondere bepaling voor ontbinding wegens een reorganisatie waarbij sprake is van een sociaal plan overeengekomen met voldoende representatieve vakorganisaties (aanbeveling 3.6). De kantonrechter zal in dat geval een vergoeding toekennen overeenkomstig dat plan, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een 'evident onbillijk resultaat'. Deze formulering wijkt af van het criterium dat door de Hoge Raad in het arrest van HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 (*Bulut/Troost*) werd gegeven voor de beoordeling van een voorziening conform het sociaal plan in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. Toepassing van die maatstaf zal echter als regel tot hetzelfde resultaat leiden (zie ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', in: R.M. Beltzer e.a., *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, Reeks VvA, nr. 35, Deventer 2005, p. 75 en J. van der Hulst, *SMA* 2002, p. 476 e.v.). Anders: C.J. Loonstra, 'Sociaal plan en collectief ontslag: enkele actuele thema's', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht* (Van den Heuvel-bundel), Amsterdam 2007, p. 177, die meent dat het arrest *Bulut/Troost* veel meer ruimte biedt voor afwijking van het gesloten plan dan aanbeveling 3.6.

De vergoeding is gemaximeerd. Aanbeveling 3.5 bepaalt dat zij – behoudens eventuele immateriële schade – niet hoger is dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

Uit deze maximering zou men kunnen afleiden dat de ten tijde van de ontbinding te verwachten inkomensschade uitgangspunt is bij de berekening van de vergoeding. Nadere beschouwing leert dat dit niet het geval is, althans dat de door de Kring van Kantonrechters gegeven concretisering van de formule meebrengt dat vergoedingen worden toegekend die de te verwachten inkomensschade ver te boven gaan.

Uit de toelichting bij de aanbevelingen blijkt namelijk dat bij een ontslag als gevolg van het vervallen van een arbeidsplaats wegens reorganisatie, waarbij de anciënniteitsvolgorde in acht is genomen en zich overigens geen bijzondere omstandigheden voordoen, de C op 1 wordt gesteld. Men spreekt in dat kader van een ‘neutrale’ of ‘kleurloze’ ontbinding. Het gaat hier om een situatie die we herkennen als die waarop ook het hiervoor besproken gevolgcriterium ziet; een ontslag op bedrijfseconomische gronden, zonder procedurele gebreken, gegrond op een toereikend ontslagmotief en met inachtneming van een objectief selectiecriterium. Maar waar de kansen van de werknemer op ander passend werk ten tijde van het ontslag in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure meewegen bij de beoordeling van de vraag of een vergoeding moet worden toegekend, is de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt nauwelijks van belang voor de toekenning van een vergoeding in het kader van de ontbindingsprocedure.

In de (toelichting op de) aanbevelingen wordt aan de arbeidsmarktpositie van de werknemer geen aandacht besteed. In de gepubliceerde jurisprudentie gebeurt dat evenmin. Zie voor een uitzondering Ktr. Amsterdam 22 april 1999, *JAR* 1999/133 (C wordt gesteld op 1,25 in plaats van 1,5 in verband met de gunstige vooruitzichten op de arbeidsmarkt).

Wel wordt in die jurisprudentie belang gehecht aan de omstandigheid dat de werknemer reeds daadwerkelijk elders een baan heeft geaccepteerd of een concreet werkaanbod heeft geweigerd. Zie bijvoorbeeld Ktg. Delft 13 november 1997, *Prg.* 1998/4965 (lagere vergoeding als gevolg van weigering om elders in dienst te treden), Ktr. Alkmaar 24 april 2003, *JAR* 2003/161 en Ktr. Amsterdam 11 augustus 2006, *JAR* 2006/248 (beperkte vergoeding in verband met concrete vooruitzichten op nieuwe baan).

Indien de werknemer in de procedure verzwijgt dat hij (vrijwel onmiddellijk) elders aan de slag kan, is mogelijk sprake van bedrog in de zin van artikel 382, aanhef en onder a, Rv. Op grond van artikel 390 Rv kan de ontbindingsbeschikking in dat geval worden herroepen (zie HR 19 december 2003, *JAR* 2004/120 (*Van Gruijthuijsen/Rabobank*)).

Een en ander leidt er in de praktijk toe dat diverse raadslieden hun cliënten-werknemers adviseren met de afronding van een sollicitatieprocedure te wachten tot de dag na de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek.

Het arbeidsmarktperspectief klinkt tot op zekere hoogte wel door in de A-factor, die boven een bepaalde leeftijd zwaarder weegt. Daaraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat oudere werklozen moeilijker aan een andere baan geraken. Het zwaarder wegen van deze jaren staat echter ter discussie, in de eerste plaats vanwege de mogelijke consequenties voor het aannamebeleid van ouderen, maar vooral ook omdat deze weging op gespannen voet staat met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.

Om te voorkomen dat de werkgever wordt 'gestraft' voor het in dienst nemen van een oudere werknemer en dat de verschuldigde vergoeding aldus een extra drempel gaat vormen om ouder personeel aan te nemen, wordt in de rechtspraak wel gebruik gemaakt van de 'Groen-variant', genoemd naar de Hilversumse kantonrechter die haar voor het eerst toepaste (Ktg. Hilversum 22 oktober 1999, *JAR* 1999/241). In deze variant wordt de weging van de dienstjaren bij indiensttreding na de 40ste verjaardag niet onverkort toegepast. Is het dienstverband aangevangen toen de werknemer tussen de 40 en 50 jaar oud was, dan geldt voor de jaren tot de 50ste verjaardag wegingsfactor 1 en voor de jaren vanaf 50 factor 1,5. Werd de arbeidsovereenkomst aangegaan na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar, dan tellen de dienstjaren voor 1. Diverse kantonrechters passen de variant toe (zie bijv. Ktr. Zaandam 22 juli 2002, *JAR* 2002/236; Ktr. Almelo 28 februari 2003, *JAR* 2003/110; Ktr. Zwolle 14 maart 2005, *JAR* 2005/94, Ktr. Deventer 31 maart 2006, *JAR* 2006/89; Ktr. Amsterdam 13 april 2007, *JAR* 2007/116 en Ktr. Eindhoven, 17 april 2007, *JAR* 2007/131). Andere zien geen reden om af te wijken van de standaardweging bij indiensttreding na het 40ste levensjaar (zie bijv. Ktg. Lelystad 29 maart 2000, *JAR* 2000/141 en Ktr. Utrecht 21 januari 2003, *JAR* 2003/51).

Zie over de vraag of de kantonrechtersformule in strijd is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie: K. van Kranenburg-Hanspians, 'Leeftijdsdiscriminatie en ontslagrecht', *ArbeidsRecht* 2005/61 en M. Heemskerk, 'Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?', *ArbeidsRecht* 2006/23.

Een mogelijke rechtvaardiging voor het indirecte leeftijdsonderscheid als gevolg van het tellen van het aantal dienstjaren kan gelegen zijn in de honorering van de loyaliteit aan het bedrijf. Voor de hogere wegingsfactor van de jaren na de 40ste verjaardag kan de kwetsbare arbeidsmarktpositie van oudere werknemers een rechtvaardiging vormen (vergelijk in dat verband HvJ EG 9 december 2004, *NJ* 2005, 359 (*Hlozek/Roche*)), waarin het Hof oor-

deelde dat het gegeven dat het reële risico dat elke werknemer loopt om werkloos te worden, ook afhangt van andere factoren dan leeftijd en geslacht, zoals zijn bekwaamheden en zijn beroepsmobiliteit, niet wegnam dat de sociale partners in het onderhavige geval bij de inrichting van een sociaal plan tot uitgangspunt mochten nemen dat de werknemers die de wettelijke pensioenleeftijd naderen, een groter risico liepen geen ander werk meer te zullen vinden, en op die grond een andere categorie vormden dan de overige werknemers). De formule is naar mijn mening echter te grofmazig – en dus niet geschikt – om dat op zichzelf legitiem te achten doel te bereiken. Anders, met een beroep op het doel van de formule om de rechtszekerheid te vergroten en het gegeven dat onredelijke resultaten in individuele gevallen gecorrigeerd kunnen worden met een beroep op de C-factor: Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006/230 en Ktr. Utrecht 8 februari 2007, *JAR* 2007/61.

De kantonrechtersformule is geschreven voor ontbindingsprocedures, niet voor de vaststelling van de schadevergoeding in het kader van de kennelijk onredelijke opzegging. Veel kantonrechters houden de formule in deze procedure wel ‘in het achterhoofd’. Rechtstreekse toepassing is echter, ook onder kantonrechters, omstreden.

Uit de reeds aangehaalde enquête blijkt dat ongeveer tweederde van de kantonrechters de formule in 7:681-zaken in het achterhoofd houdt (H.Th. van der Meer, ‘Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule, Een evaluatie door de Kring van Kantonrechters’, *ArbeidsRecht* 2003, 1).

Aansluiting bij de formule zoeken bijvoorbeeld Ktg. Den Bosch 17 december 2000, *JAR* 2000/70; Ktg. Utrecht 17 mei 2000, *JAR* 2000/187; Ktg. Amsterdam 1 september 2000, *JAR* 2001/2; Ktr. Alkmaar 16 januari 2002, *JAR* 2002/51; Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006/230; Ktr. Wageningen 8 november 2006, *JAR* 2007/11 en Ktr. Rotterdam 7 maart 2007, *JAR* 2007/122.

In onder meer de volgende uitspraken werd de formule niet (zonder meer) toepasbaar geacht: Ktg. Terneuzen 17 december 1997, *JAR* 1998/32; Ktg. Brielle 30 december 1997, *JAR* 1998/35; Ktg. Den Bosch 15 oktober 1998, *Prg.* 1999, 5167; Ktg. Rotterdam 2 mei 2000, *JAR* 2000/144; Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160.

Inmiddels hebben ook diverse gerechtshoven laten blijken niet gecharmeerd te zijn van (rechtstreekse) toepassing van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. De formule vormt voor de hoven slechts één van de wegingsfactoren bij de beoordeling van de opzegging, maar is niet zonder meer richtinggevend.

Zie onder meer Hof Den Haag 10 januari 2003, *JAR* 2003/105 (formule kan niet als basis worden genomen) en Hof Den Bosch 21 maart 2006, *JAR* 2006/241 (bij kennelijk onredelijk ontslag kan niet zonder meer bij de formule worden aangeknoopt). Vergelijk G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, Reeks VvA nr. 35, Deventer 2005, p. 71-72.

Gevol van een en ander is dat een 35-jarige, gediplomeerde heftruckchauffeur – een beroep waarvan ik me heb laten vertellen dat je er op die leeftijd nog zo mee aan de slag komt – na een dienstverband van twaalf jaren, bij een reorganisatieontslag in beginsel een vergoeding van één bruto jaarsalaris tegemoet kan zien indien zijn arbeidsovereenkomst wordt beëindigd via rechterlijke ontbinding. Gaat zijn werkgever over tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging met toestemming van de CWI en inachtneming van een opzegtermijn, dan loopt hij het risico geen of een veel lagere ontslagvergoeding te krijgen.

Blijkens het reeds genoemde rapport van het Bureau Bartels zijn werkgevers zich ook bewust van deze verschillen. Zo noemt bijna 50% van de geraadpleegde werkgevers de lagere kosten als voordeel van de CWI-procedure ten opzichte van de ontbindingsprocedure. Dit verschil in kosten heeft met name betrekking op de verschuldigde ontslagvergoeding. Uit het rapport blijkt dat diverse werkgevers de keuze voor de ene of de andere ontslagroute laten afhangen van de situatie. Van deze werkgevers zegt 15% bij iemand die lang in dienst is vanwege de kantonrechtersformule te kiezen voor de CWI-procedure (rapport *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, Amersfoort 2006, p. 47-51).

Ontbinding tijdens de opzegtermijn

Dergelijke verschillen in uitkomst, afhankelijk van de gekozen procedure, acht ik niet gewenst. Zij leiden in de rechtspraak tot tactische trucs die wellicht interessant zijn voor de arbeidsrechtelijk georiënteerde wetenschapper, maar waarvan de resultaten het rechtsgevoel nauwelijks kunnen bevredigen. Inmiddels zijn diverse uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op zaken waarin werknemers, nadat door de CWI een ontslagvergunning is verleend en de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, tijdens de opzegtermijn ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken met als enig oogmerk een vergoeding te verwerven, berekend naar de kantonrechtersformule. Verschillende kantonrechters weigeren aan deze praktijk mee te werken en verwijzen de werknemer naar de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. Andere zijn echter wel bereid om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. Zij beschouwen de opzegging en/of het belang om op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen over de hoogte van de vergoeding als een verandering in de omstandigheden die een ontbinding rechtvaardigt, en kennen met toepassing van de kantonrechtersformule een vergoeding toe.

Het verzoek werd afgewezen door onder meer Ktg. Sittard 27 maart 2000, *Prg.* 2000, 5467; Ktg. Enschede 21 juni 2001, *JAR* 2001/148; Ktr. Nijmegen 23 augustus 2002, *JOR* 2002/185; Ktr. Amersfoort 26 november 2003, *JAR* 2004/1; Ktr. Almelo 23 juni 2004, *JAR* 2004/172; Ktr. Den Haag 23 december 2004, *RAR* 2005, 32 en Rb. Breda 9 december 2005, *RAR* 2006, 32.

Het verzoek wordt toegewezen door bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 9 mei 1995, *JAR* 1995/123; Ktg. Amsterdam 11 juli 1995, *Prg.* 1996, 4453; Ktg. Utrecht 27 maart 1996, *JAR* 1996/220; Rb. Den Haag 8 april 1997, *NJ* 1998, 520; Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *JAR* 1999/71; Ktr. Eindhoven 6 februari 2003, *JAR* 2003/78 en Rb. Amsterdam 29 november 2005, *RAR* 2006, 31.

Binnen de sector kanton van de Rechtbank Almelo bestonden aanvankelijk verschillende opvattingen over deze problematiek. Zie de andersluidende overwegingen in de uitspraken van 24 maart 2004 en 23 juni 2004, gepubliceerd in *JAR* 2004/172. In de eerste zaak werd een ontbindingsverzoek tijdens de CWI-procedure toegewezen. Het verweer dat de werknemer door indiening van het verzoek slechts een procedure op grond van artikel 7:681 BW wenste te ontlopen en snel een vergoeding wilde binnenhalen, werd verworpen met de enkele overweging dat artikel 7:685 BW bepaalt dat ieder der partijen bevoegd is zich te allen tijde tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In de tweede zaak werd een ontbindingsverzoek van twee werknemers, gedaan nadat de arbeidsovereenkomst met toestemming van de CWI was

opgezegd, afgewezen, met de overweging dat deze verzoeken in strijd werden geacht met het systeem van de wet. De kantonrechter voegt daaraan toe dat wat het arrondissement Almelo betreft, justitiabelen er inmiddels op mogen vertrouwen dat alle kantonrechters zich hebben geschaard achter het oordeel dat in gevallen als deze niet de ontbindingsprocedure doch de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure behoort te worden gevolgd.

Toewijzing van verzoeken als deze kan weer een tegenreactie uitlokken. Ik heb uit het veld vernomen dat in de kantons waar rechters bereid zijn om in te gaan op het verzoek van werknemers, sommige advocaten op een mogelijk ontbindingsverzoek van de werknemer anticiperen door de arbeidsovereenkomst direct na het verkrijgen van een ontslagvergunning op te zeggen zonder inachtneming van een termijn of met een zeer korte termijn.

Omdat de arbeidsovereenkomst – behoudens een beroep op een eventuele schending van een bijzonder opzeggingsverbod – rechtsgeldig is geëindigd, kan in dat geval geen toepassing meer worden gegeven aan artikel 7:685 BW en moet een eventueel ontbindingsverzoek van de werknemer niet-ontvankelijk worden verklaard.

Deze raadslieden nemen de verschuldigdheid van de (gefixeerde) schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging op de koop toe om te voorkomen dat de werknemer tijdens de opzegtermijn een ontbindingsprocedure kan starten. De werknemer die een (hogere) vergoeding wil, wordt daardoor gedwongen zich van de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure te bedienen.

Anders dan de Kantonrechter te Amsterdam in zijn uitspraak van 18 december 2006, *JAR2007/22* meen ik dat het wettelijke systeem zich er niet tegen verzet dat de werkgever die eerder heeft opgezegd met inachtneming van een termijn, na indiening van een ontbindingsverzoek door de werknemer, de arbeidsovereenkomst alsnog met inachtneming van een kortere termijn (schadeplichtig) opzegt (vgl. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 21ste druk, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer 2005, p. 311). De kantonrechter gaat er ten onrechte vanuit dat in gevallen als deze sprake is van conversie. Het betreft echter een nieuwe opzegging tegen een eerdere datum.

Naar mijn mening is er veel voor te zeggen om een ontbindingsverzoek van de werknemer, gedaan tijdens een lopende opzegtermijn, uitsluitend om een (hogere) vergoeding te verkrijgen, aan te merken als oneigenlijk gebruik van de ontbindingsprocedure.

De mogelijkheid van rechterlijke ontbinding is geïntroduceerd om het einde van de arbeidsovereenkomst te kunnen bewerkstelligen in die gevallen waarin regelmatige beëindiging niet mogelijk is of niet kan worden afgewacht (zie A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, deel IV, Den Haag 1909, p. 257). In de hier bedoelde gevallen is een daartoe strekkende noodzaak als regel niet aanwezig. Dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn eindigt, staat vast. Zie ook W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 21ste druk, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer 2005, p. 416 en S.F. Sagel & M.B. Kerkhof, 'Het ontbindingsverzoek tijdens de opzegtermijn', *Sociaal Recht* 2006, 38. Anders: E.H. van Stigt Thans, *Sociaal Recht* 2006, 76.

De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de wederpartij bereid is in te stemmen met een beëindiging met wederzijds goedvinden, niet in de weg staat aan ontbinding (HR 22 mei 1964, *NJ* 1964, 324 (*Cardozo/Gebr. Henke Zonen*)). Na het sluiten van een geldige beëindigingsovereenkomst kan de werknemer echter geen beroep doen op artikel 7:681 BW. Het belang van de werknemer om een vergoeding toegekend te krijgen, kan het ontbindingsverzoek daarom in dat geval wel rechtvaardigen.

In gevallen als deze zou mijns inziens de met meer waarborgen omklede weg van het kennelijk onredelijk ontslag behoren te worden gevolgd. Maar wanneer dit meebrengt dat de werknemer met een lagere ontslagvergoeding genoegen moet nemen enkel als gevolg van de door de werkgever gekozen beëindigingsroute, is dat standpunt nauwelijks te rechtvaardigen.

Dezelfde maatstaven

Natuurlijk zijn er verschillen tussen de procedures waarmee bij de vaststelling van de vergoeding rekening moet worden gehouden. Met name moet in de afweging worden betrokken dat de procedure bij de CWI tezamen met de opzegtermijn als regel meer tijd in beslag neemt dan de ontbindingsprocedure, maar, afgezien daarvan, heb ik geen toereikende rechtvaardigingsgrond kunnen vinden voor het aanleggen van wezenlijk andere maatstaven, afhankelijk van de door de werkgever gekozen beëindigingsroute.

J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, diss. KUN 1989, p. 84 ziet wel fundamentele verschillen tussen beide vergoedingen. Hij wijst er met name op dat de vergoeding in het kader van de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure tot stand komt na de beoordeling van een gerealiseerd rechtsfeit, waarbij de rechter bovendien al in staat is een deel van de gevolgen die dit rechtsfeit in het leven roept vast te stellen. Dit verschil kan echter niet dragend zijn, aangezien bij de bepaling van de vergoeding op grond van artikel 7:681 BW de na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden in beginsel buiten beschouwing behoren te blijven. Zie ook J.J.M. de Laat, 'De cirkel is weer rond', *Sociaal Recht* 1998, p. 16.

Ook het feit dat het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken wanneer de door de rechter toe te kennen vergoeding te hoog wordt geacht en het ontbreken van een mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie tegen de ontbindingsbeschikking, kunnen het verschil mijns inziens niet rechtvaardigen.

Zie voor deze opvatting onder anderen L.H. van den Heuvel, *Orde op zaken*, rede, VU 2006, p. 25, die meent dat het 'appelverbod' het zwaarste gewicht in de schaal legt voor de grootheid van de ontbindingsvergoeding.

Is de vergoeding voor de werkgever aanleiding om zijn verzoek in te trekken en alsnog de CWI-route te bewandelen, dan kan de werknemer daarop namelijk reageren door zelf een ontbindingsverzoek in te dienen. Volgens de toelichting op de aanbevelingen behoort in deze situatie in beginsel dezelfde vergoeding aan de werknemer te worden toegekend.

Het betreft de toelichting bij de in 1998 doorgevoerde wijziging van de formule (*NJB* 1998, p. 969 e.v.). Daarin wordt opgemerkt dat de situatie in beginsel niet fundamenteel veranderd is wanneer de werkgever na de intrekking van het verzoek geen

substantiële en geloofwaardige poging heeft gedaan de werknemer opnieuw een zinvolle kans te bieden om zijn werkzaamheden voort te zetten, respectievelijk een andere passende plaats binnen de arbeidsorganisatie te vervullen. In dat geval valt volgens die toelichting niet in te zien waarom aan de werknemer een andere vergoeding dient te worden toegekend indien hij – nu geen andere oplossing voorhanden is – zelf een nieuw verzoek indient. Dit kan mogelijk anders liggen wanneer de werknemer zich eerder op het standpunt heeft gesteld wel verder te willen en te kunnen bij deze werkgever. Uitgangspunt dient echter te zijn dat het niet uitmaakt voor de hoogte van de vergoeding wie – in een uitzichtloze situatie – het verzoek indient. Dit sluit ook aan bij de veel voorkomende praktijk dat de verwerende partij een – al dan niet voorwaardelijk – tegenverzoek indient.

De intrekingsbevoegdheid kan de werkgever dan niet meer baten. Het appelverbod is in deze gevallen zeker niet in zijn voordeel. Waarom zou hij er dan wel voor moeten betalen?

Conclusie is dat dezelfde maatstaven moeten worden gehanteerd. Maar welke maatstaven moeten dat zijn: die van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure of de kantonrechttersformule?

Mijn voorkeur gaat uit naar de maatstaven van de kennelijk onredelijke opzegging. Dat wil zeggen dat ook bij een neutrale ontbinding voor de vraag of een vergoeding moet worden toegekend, de onevenredigheid tussen het bij het ontslag gemoeide bedrijfsbelang en de te verwachten gevolgen van het ontslag voor de werknemer beslissend dient te zijn en dat voor de vaststelling van de hoogte van die vergoeding zoveel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij de als gevolg van de beëindiging voor de werknemer te verwachten (materiële en immateriële) schade.

Voor toepassing van de maatstaven van het kennelijk onredelijk ontslag, zijn ook wets-systematische argumenten aan te voeren. Volgens de huidige rechtspraak is de werkgever wiens verwijtbaar gedrag de werknemer genoopt heeft de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te ontbinden – in dergelijke gevallen kan in de ontbindingsprocedure geen vergoeding worden toegekend, maar dient daarvoor een afzonderlijke dagvaardingsprocedure te worden gevoerd – niet alleen schadelijkt in de zin van artikel 7:677, derde lid, BW, doch tevens gehouden de schade te vergoeden welke de werknemer lijdt ten gevolge van het uit die wanprestatie van de werkgever voortvloeiende verloren gaan van zijn dienstbetrekking. Voor de vaststelling van deze schadevergoeding zoekt de HR expliciet aansluiting bij de criteria voor de vast-

stelling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag (zie HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (*Deuss/Holland*), m.nt. Stein en HR 11 oktober 2002, *JAR* 2002/261 (*Dalle Vedove/MAB*), *ArA* 2003/1, p. 62 e.v., m.nt. Vegter). Het ligt dan voor de hand bij een ontbinding wegens verandering in de omstandigheden hetzelfde te doen, al was het maar om te voorkomen dat bij een ontbinding wegens een door de werkgever veroorzaakte dringende reden als regel een lagere vergoeding verschuldigd is dan bij een neutrale ontbinding.

Aanpassing van de kantonrechtersformule

Een belangrijke stap in de goede richting zou kunnen worden gezet door aanpassing van de kantonrechtersformule in die zin, dat bij een ontbindingsgrond die geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en waarbij verwijtbaarheid niet aan de orde is, het arbeidsmarktperspectief van de werknemer uitdrukkelijk wordt meegewogen in de C-factor.

Zodra dat gebeurt, kan ook het toch al omstreden leeftijdsonderscheid in de A-factor vervallen.

Wanneer de kantonrechter bij een neutrale ontbinding, de arbeidsmarktpositie van de werknemer op de hand wegend, vaststelt dat werkaanvaarding voor de werknemer in een, ook qua inkomen, passend te achten functie binnen een termijn van bijvoorbeeld zes maanden in de lijn der verwachting ligt, zou wat mij betreft een C van 0,5 uitgangspunt dienen te zijn in plaats van 1. Gaat het om een werknemer met een geringe kans op ander passend werk, dan kan een C van 1 uitgangspunt blijven, tenzij die slechte arbeidsmarktpositie mede aan het handelen of nalaten van de werknemer zelf moet worden toegerekend. Als ondergrens zou in beide gevallen een bedrag moeten worden gehanteerd gelijk aan het loon over de rechtens geldende opzegtermijn voor zover die langer is dan het tijdvak tussen de datum van de ontbindingsbeschikking en de dag met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

Door bij de vaststelling van de vergoeding bij een neutrale ontbinding uitdrukkelijk rekening te houden met het arbeidsmarktperspectief van de werknemer wordt meer aansluiting gezocht bij de criteria voor de toekenning van schadevergoeding in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. Het verschil in hoogte van de verschuldigde vergoeding afhankelijk van de door de werkgever gekozen ontslagroute, zal daardoor afnemen.

Dat betekent niet dat de uitkomst steeds gelijk zal zijn. In de eerste plaats moet bij de vaststelling van de vergoeding in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure rekening worden gehouden met de extra tijd die de procedure bij de CWI tezamen met de opzegtermijn in beslag neemt. Verder heeft de rechter in deze procedure vaak een reëler beeld van wat uiterlijk ten tijde van het ontslag mocht worden verwacht. Hij kan voor de vaststelling van die verwachtingen immers aanwijzingen ontlenen aan de na het ontslag ingetreden omstandigheden (vergelijk C.G. Scholtens, 'Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn (?)', *ArbeidsRecht* 2002/59).

Omdat de uitkomst van toepassing van de door mij voorgestelde formule een betere benadering oplevert van de voor de werknemer te verwachten inkomensschade, wordt tevens tegemoetgekomen aan de kritiek dat de ontslagvergoedingen in ontbindingsprocedures ‘buitensporig’ en ‘irreëel’ zijn. Een niet-verwijtbaar ontslag op goede gronden en gebruikmakend van de juiste selectiecriteria zal goedkoper worden.

Bovendien wordt met het voorstel invulling gegeven aan de, ook politiek, breed gedragen wens om het ontslagrecht zodanig in te richten, dat door de werkgever gepleegde investeringen in de arbeidsmarktpositie van de werknemer meewegen in het ontslag en de ontslagvergoeding. Immers, indien de werkgever lopende het dienstverband voorzieningen heeft getroffen die een duurzame inzetbaarheid van de werknemer bevorderen – denk met name aan het aanbieden van scholing en opleiding – zal zich dat als regel vertalen in betere arbeidsmarktkansen. Door die kansen ook in de vaststelling van de ontbindingsvergoeding te betrekken, wordt een positieve prikkel gegeven voor het doen van dergelijke investeringen. Daarmee is ook de werknemer die zijn baan verliest, het meest gediend. De werkgever wiens werknemer bij ontslag onvoldoende breed inzetbaar blijkt te zijn, zal als regel het dubbele moeten betalen.

Ten slotte wil ik benadrukken dat mijn voorstel slechts betrekking heeft op ‘neutrale ontbindingen’. Ik wil niet tornen aan de hoogte van de vergoeding voorzover het een ontbinding betreft waarbij sprake is van een gebrekkig ontslagmotief of verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. In dergelijke gevallen mag de aan de werknemer toe te kennen vergoeding, net als de schadevergoeding bij kennelijke onredelijkheid, een zeker punitief karakter hebben.



Naar een meer activerend, mobiliserend en participatiebevorderend stelsel

Is de regeling van de wettelijke ontslagvergoedingen met het hiervoor geformuleerde voorstel voldoende aangepast voor het beoogde activerende, mobiliserende en participatiebevorderende stelsel van de toekomst? Neen, zeker niet.

Hoewel een enkele magistraat nog wel eens heeft overwogen dat de arbeidsovereenkomst niet als geïntegreerd onderdeel een spaarzegelkaart heeft, die bij het einde van het dienstverband kan worden ingeleverd en waarbij voor elk zegeltje een maand salaris wordt uitgekeerd, heeft de formule sinds 1997 wel het idee doen postvatten dat de werkgever bij elke verwijtloze beëindiging aan de werknemer een vergoeding moet betalen die hoger is naarmate het dienstverband langer heeft geduurd.

Die magistraat was de kantonrechter te Enschede. De overweging is te vinden in de uitspraak van 17 juni 1999, *JAR* 1999/139, waarin de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag van een werknemer die 28 jaar als verkoper in dienst was geweest, werd afgewezen vanwege de slechte financiële situatie waarin het bedrijf van de werkgever verkeerde.

Dat zal door invoering van de hiervoor bepleite aanpassingen niet anders worden. Het door het recht gegeven signaal zal ook dan luiden: 'Blijf zitten waar je zit en verroer je niet totdat je ontslagen wordt!', in plaats van het voor een dynamische arbeidsmarkt wenselijk geachte: 'Zorg dat je op een plek terecht komt waar je talenten het best tot zijn recht komen!'

Bovendien draagt een aanpassing van de kantonrechtersformule in de door mij aangegeven zin niet of nauwelijks bij aan het terugdringen van de 'insider/outsider'-problematiek. Omdat de ontslagvergoeding gekoppeld blijft aan de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst – opzegging of rechterlijke ontbinding – komen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, en andere werknemers met een flexibel contract (uitzend- en oproepkrachten), er niet voor in aanmerking. Verder blijft door dit verschil in ontslagbescherming voor werkgevers een sterke financiële prikkel aanwezig om gebruik te maken van bepaaldetijdovereenkomsten en andere flexibele contracten als schil om een kern van vaste medewerkers.

Aan de na het uitspreken van deze inaugurele rede gepresenteerde kabinetsplannen voor een nieuw ontslagrecht kleven in belangrijke mate dezelfde bezwaren. Deze plannen voorzien namelijk in de introductie van een wettelijke ontslagvergoeding bij opzegging gelijk aan één maandsalaris vermenigvuldigd met het aantal dienstjaren van de werk-



nemer, waarbij conform de huidige kantonrechtersformule de dienstjaren vanaf 40 voor anderhalf en dienstjaren vanaf 50 voor twee tellen. Maximaal bedraagt de vergoeding in beginsel niet meer dan één jaarsalaris of, als het jaarsalaris lager is dan 75.000 euro, dat laatste bedrag.

Aan de *insider/outsider*-problematiek wordt in de plannen in zoverre tegemoetgekomen dat de mogelijkheden om bij cao af te wijken van de wettelijke regeling voor het repe-rende gebruik van bepaaldetijdcontracten (art. 7:668a BW) worden beperkt en een wettelijke ontslagvergoeding wordt geïntroduceerd voor het geval op grond van de toe-passelijke cao na 36 maanden geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Deze vergoeding bedraagt drie vierde maandsalaris per dienstjaar, te rekenen over de dienstjaren na het derde dienstjaar. In alle overige gevallen is ook in de kabinetsplannen bij een einde van rechtswege geen ontslagvergoeding verschuldigd.

Behalve dat de door het kabinet ontwikkelde plannen niet tegemoet komen aan de hier-voor geformuleerde bezwaren tegen het huidige stelsel, zijn daarin mijns inziens ook andere onvolkomenheden aan te wijzen die invoering bepaald onwenselijk maken. Dat hangt in de eerste plaats samen met het feit dat in die plannen een uitzondering is opge-nomen voor ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. Indien een werkgever een voornemen tot ontslag op deze grond laat toetsen door de CWI en deze geeft een posi-tief advies, dan is hij geen enkele ontslagvergoeding verschuldigd. Een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden is niet alleen aan de orde wanneer er een harde financiële noodzaak is om het bedrijf uit de gevarenszone te houden of daaruit te bevrij-den. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld ook gelegen zijn in een wijziging van de inrichting van het bedrijf of het productieproces als gevolg van technologische veranderingen. Een en ander betekent dat het kabinet het bedrijfsbelang bij een ontslag op bedrijfseconomische gronden laat prevaleren boven de belangen van de betrokken werknemers, ook wanneer die werknemers jarenlang hun beste krachten hebben gegeven aan het bedrijf en dat bedrijf financieel zeer wel in staat is een vergoeding te betalen.

Introductie van het kabinetsvoorstel heeft bovendien niet alleen onwenselijke gevolgen voor werknemers van wie de arbeidsovereenkomst op bedrijfseconomische gronden wordt beëindigd, maar ook voor werkgevers die wegens in de persoon van de werknemer gelegen omstandigheden de dienstbetrekking willen opzeggen. Het gaat dan bijvoor-beeld om een ontslag wegens disfunctioneren of wangedrag van de werknemer. Onder het huidige recht zal de rechter in deze gevallen de mate waarin partijen over en weer verwijtbaar hebben bijgedragen aan het ontstaan van de situatie, meewegen bij de vast-stelling van de vergoeding. Treft de werknemer terzake een verwijt, dan zal C op minder dan 1 worden gesteld en eventueel zelfs nul bedragen. In het door het kabinet aan de

STAR voorgelegde systeem zijn werkgevers in de hier bedoelde gevallen een vergoeding van ten minste één maandsalaris per (gewogen) dienstjaar verschuldigd, ook indien de werknemer de nodige blaam treft. Alleen wanneer sprake is van financieel onvermogen van de werkgever of zo ernstig verwijtbaar gedrag van de werknemer dat een ontslag op staande voet gerechtvaardigd is, hoeft geen ontslagvergoeding te worden betaald.

In de huidige praktijk komt het regelmatig voor dat de kantonrechter de gedraging van de werknemer niet ernstig genoeg vindt voor een ontslag op staande voet, maar wel overgaat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat de verstandhouding tussen partijen ernstig is verstoord, terwijl hij vanwege de mate waarin de werknemer heeft bijgedragen aan deze situatie een lagere vergoeding toekent dan bij een neutrale ontbinding. Vaak geeft hij dit reeds als zijn voorlopig oordeel tijdens de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek, waarna partijen er 'op de gang' alsnog in slagen overeenstemming te bereiken over het ontslag en de daarbij verschuldigde vergoeding. Deze genuanceerde uitkomst is bij invoering van de kabinetsplannen nauwelijks meer mogelijk. Het wordt alles (de volledige vergoeding ondanks enig verwijtbaar gedrag van de werknemer) of niets (geen vergoeding bij gedragingen die een ontslag op staande voet kunnen rechtvaardigen), een uitkomst die zelden een juiste uitdrukking vormt van de mate waarin partijen over en weer hebben bijgedragen aan het ontstaan van een onwerkbaar situatie en die daarom op gespannen voet staat met het rechtsgevoel.

Zie voor een kritische bespreking van de kabinetsplannen tevens: G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *Sociaal Recht* 2007, 51; H. Staal, 'De varkenscyclus van het Nederlandse ontslagrecht. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is', *SMA* 2007, p. 315 e.v. en E. Verhulp, 'Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet', *Sociaal Recht* 2007, 68.

We kunnen onze speurtocht naar het ideale stelsel dus nog niet staken.

Is het begin 2007 door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) gelanceerde voorstel wellicht de oplossing? De WRR stelt voor om de (loondoorbetalingsverplichting tijdens de) opzegtermijn en ontslagvergoeding, met het oog op de werkzekerheid, op te laten gaan in één regeling ter financiering van de loondoorbetaling in een afgebakende zoekperiode. In deze periode dient re-integratie van de werknemer maximale voorrang te krijgen. De zoektermijn is in het voorstel van de raad een afgebakende periode waarvan de duur afhankelijk is van de diensttijd.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, p. 166 e.v. Het voorstel van de WRR sluit aan bij een door E. Verhulp, 'Ontslagrecht in beweging?', in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag 2004, p. 23-24 beschreven 'zoek-

termijnenmodel', waarin de ontslagvergoeding wordt gebruikt om een na opzegging of ontbinding in acht te nemen zoektermijn te financieren, gedurende welke de inspanningen van werkgever en werknemer volledig gericht zijn op het voorkomen van werkloosheid.

Dit voorstel brengt ons naar mijn mening niet veel verder. Als ik het goed zie, komt het in wezen neer op een verlenging van de opzegtermijn. Terecht is in de literatuur al opgemerkt dat het voorstel waarschijnlijk in feite een introductie van het Belgische systeem betekent, waarin ontslagbescherming vooral inhoud heeft gekregen door langere opzegtermijnen, van soms wel twee of drie jaren, die als regel met behulp van een formule, vaak de formule Claeys, worden berekend, maar die vervolgens ook altijd worden afgekocht.

Zie F.B.J. Grapperhaus, 'Vijf broden en twee vissen', *Sociaal Recht* 2007, 20, p. 80.

De formule Claeys luidt: opzeggingstermijn = $(0,89 \times \text{dienstjaren}) + (0,08 \times \text{leeftijd}) + (0,0013 \times \text{loon}) - 2$ (bron: W. van Eeckhoutte, *Arbeidsrecht 2002*, Antwerpen 2001).

Invoering van het WRR-voorstel zal dus waarschijnlijk geen einde maken aan diensttijdafhankelijke ontslagvergoedingen. Verder houdt de WRR mijns inziens onvoldoende rekening met de mogelijkheid dat een voldoende zwaarwegend ontslagmotief kan ontbreken en dat aan de beëindiging verwijtbaar gedrag van de werkgever ten grondslag kan liggen.

Wellicht dat een blik over de grenzen ons verder kan helpen.

Interessant vind ik met name de hervorming van het ontslagrecht die in 2002 in Oostenrijk plaatsvond. Daar werd een systeem van ontslagvergoedingen als het Nederlandse, gebaseerd op de traditionele arbeidsrelatie tussen één werknemer en één bedrijf, omgevormd tot een breder opgezet, landelijk systeem van fondsvorming voor uitkeringen ten behoeve van werknemers, de zogenoemde *Abfertigung Neu*.

Zie daarover: R. Leutner, B. Achitz, O. Farny & J. Wöss, *Abfertigung neu, Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz, Reihe Gesetze und Kommentare Nr. 179*, Wien 2003 en T. To-mandl, M. Achatz & W. Mazal, *Abfertigung Neu, Kurzkommentar zum BMVG*, Wien-Graz 2003.

Ingevolge het nieuwe *Betriebliches Mitarbeiterversorgegesetz* is de werkgever verplicht vanaf het moment dat een arbeidsovereenkomst een maand heeft geduurd, een bepaald percentage van de loonsom af te dragen ten behoeve van een spaarfonds, dat door een van de negen zogeheten *Mitarbeiterversorgungskassen* wordt beheerd. De werknemer kan aanspraak maken op uitkering van het voor hem door zijn werkgever ingelegde geld plus rente, zodra de deelname aan de regeling ten minste drie jaren heeft geduurd en hij niet-verwijtbaar wordt ontslagen. Uitkering is verder mogelijk wanneer de werknemer zelf ontslag neemt vanwege de zorg voor kinderen of vanwege (vervroegde) pensionering.

Neemt de werknemer ontslag om ander werk te gaan verrichten of wordt hij op staande voet ontslagen, dan gaat het spaartegoed niet verloren. De regeling hanteert het 'rugzakbeginsel' (*Rucksackprinzip*). Het gespaarde bedrag wordt voor de werknemer gereserveerd tot het moment waarop hij wel aan de voorwaarden voor uitkering voldoet.

De Europese commissie noemt de Oostenrijkse wet een interessant voorbeeld van een maatregel die de overstap naar ander werk ondersteunt.

Zie het Groenboek van de Europese Commissie over *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21ste eeuw*, COM (2006) 708, p. 11.

Ook mij spreekt het systeem aan. De voordelen zijn duidelijk. Werknemers kunnen, zonder de opgebouwde aanspraken op een beëindigingsvergoeding te verliezen, van baan wisselen. Stilzitten wordt niet langer beloond. Daarmee wordt een belangrijk mobiliteitsbeperkend element van het huidige stelsel weggenomen. Verder bouwen ook werknemers met een bepaaldetijd-contract en met een flexibele arbeidsrelatie (uitzend- en oproepkrachten) aanspraken op. Dat betekent een aanmerkelijke verbetering van de rechtspositie van deze 'outsiders'. Voor werkgevers zal bovendien minder reden bestaan om af te zien van het aanbieden van onbepaaldetijdcontracten, wanneer de regeling van de ontslagvergoeding onafhankelijk wordt van de aard van de arbeidsovereenkomst. Voordeel is ten slotte dat bij faillissement van de werkgever de aanspraken van de werknemer zijn veiliggesteld.

Momenteel betekent een faillissement als regel dat de werknemer geen ontslagvergoeding zal ontvangen. Zie in dat verband HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 (*Papierfabrieken Van Gelder Zonen NV*), waarin de Hoge Raad overweegt dat niet is uitgesloten dat een door de curator gedane opzegging als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt, maar dat het hier om uitzonderingsgevallen gaat. Daarbij moet bijvoorbeeld

worden gedacht aan de situatie dat de curator slechts een deel van het personeel ontslaat en hij bij de keuze van de af te vloeien werknemers een kennelijk onredelijke maatstaf hanteert. Voor een ontslagvergoeding enkel op grond van het gevolgencriterium lijkt bij faillissement geen plaats. In het Oostenrijkse systeem is de ontslagvergoeding wel ‘insolventieproof’.

Vergelijk het pleidooi voor externe financiering van de afvloeiingsregeling van E. Loesberg, ‘Afvloeiingsregelingen en insolventie’, in: *Onderneming en werknemer*, Serie Onderneming en Recht deel 22, Deventer 2001, p. 217. Zie voorts E. Verhulp, ‘Ontslagrecht in beweging?’, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag 2004, p. 22-23, die de mogelijkheden van een ‘rugzakmodel’ bespreekt. In het door hem gepresenteerde model draagt de werkgever voor elk jaar dat de arbeidsovereenkomst duurt een bedrag af aan bijvoorbeeld een re-integratiebedrijf, het CWI of het UWV. Het bedrag komt beschikbaar na het einde van de arbeidsovereenkomst, of al gedurende de opzegtermijn, en kan worden aangewend ter vervanging en/of aanvulling van de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode en voor het andere deel ter voorkoming van (verdere) werkloosheid. Als grote voordeel van de afdracht aan derden noemt Verhulp de zekerheid dat het bedrag daadwerkelijk gereserveerd wordt en bij bijvoorbeeld faillissement buiten de boedel blijft.

De regeling zou nog verbeterd kunnen worden door ook andere bestedingsdoelen toe te staan, bijvoorbeeld financiering van onbetaald verlof voor het volgen van een opleiding, het verlenen van mantelzorg of het opnemen van een *sabbatical leave*. Aansluiting bij in de literatuur geopperde ideeën over een ‘levensloop-WW’ ligt voor de hand.

Zie met name K.H. Hermans & F.J.L. Pennings, ‘Problemen en mogelijkheden van een levensloop-WW’, *SMA* 2006, p. 486-493. In hun voorstel storten werkgever en werknemer een verplichte premie op een spaarrekening. De werknemer krijgt onder nader te bepalen voorwaarden recht op uitkering uit die spaarrekening tijdens langdurend zorgverlof, scholing, vrijwilligersverlof of *sabbatical leave*. De duur van het verlof is afhankelijk van de omvang van het spaarsaldo. De auteurs bespreken diverse opties voor de financiering van de levensloop-WW. Gedacht wordt onder meer aan een aparte levenslooppremie bovenop de huidige premies voor het sector- en werkloosheidsfonds, het inzetten van een deel van de huidige werkloosheidspremie voor zorg- en scholingsverlof en het gebruik van de WW-overschotten. In mijn voorstel zou het spaarsaldo naast de hiervoor genoemde doelen, ook inzetbaar zijn voor een aanvulling van de werkloosheidsuitkering en (vervroegde) pensionering. De basisspaarpremie wordt opgebracht door de werkgever, in ruil voor een lagere ontslagvergoeding (zie hierna), en aangevuld

met vrijwillige bijdragen van de werknemer zelf. Zie voorts: E. Verhulp, 'Nieuwe levensloop voor de WW en de ontslagvergoeding', *Sociaal Recht* 2005, 25.

A. Vandenbergh (‘Ontslagregels: een rechtseconomische analyse’, in: D. Scheele, J.J.M. Theeuwes & G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Amsterdam 2007, p. 244) ziet geen aanleiding om in Nederland een systeem in te voeren vergelijkbaar met het Oostenrijkse, nu het pensioensysteem en de werkloosheidsverzekering hier te lande al adequaat zijn geregeld. Tegen dit standpunt pleit dat de ontslagvergoeding ook nu al vaak voor die doelen wordt aangewend. Wat daarvan ook zij, het argument dat reeds adequate voorzieningen bestaan, gaat in ieder geval niet op voor (de financiering van) levenslooparrangementen.

Dat betekent niet dat introductie van een systeem als het Oostenrijkse alle ontslagvergoedingen overbodig maakt. In het bijzonder zal aanleiding voor toekenning van een vergoeding kunnen blijven bestaan, wanneer sprake is van een ontoereikend ontslagmotief of verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Verder moet mijns inziens voorkomen worden dat van het systeem van ontslagvergoedingen voor de werkgever geen enkele stimulans meer uitgaat voor het doen van scholings- en employability-inspanningen. Heeft de werkgever onvoldoende bijgedragen aan een duurzame inzetbaarheid van de werknemer, dan zou die omstandigheid daarom tevens toekenning van een (aanvullende) vergoeding moeten kunnen rechtvaardigen.

Door in deze gevallen de mogelijkheid van een aanvullende ontslagvergoeding open te houden, wordt tevens tegemoetgekomen aan de belangrijkste bezwaren tegen het Oostenrijkse stelsel zoals geformuleerd door E. Verhulp, ‘Ontslagvergoeding als stimulans voor de arbeidsmobiliteit: een Oostenrijkse les?’, in: M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester* (Noordam-bundel), Deventer 2006, p. 225-236.

In alle overige gevallen is er wat mij betreft niets op tegen de bijdragen van de werkgever aan het fonds als een toereikende voorziening te beschouwen die bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst een C is gelijk aan 0 rechtvaardigt.